



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Penal

Radicación: 08001-31-87-003-2023-00010-01
Rad. Interna: 2023-00154-T
Accionante: Hernando José Galindo Salas
Accionado: CNSC y otros.
Procedencia: Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla.
Funcionario: Carmen Cecilia Blanco Venecia
Derecho: Acceso a cargos públicos.
Magistrado Ponente: Jorge Eliecer Cabrera Jiménez.
Acta No: 0130

Barranquilla D.E.I.P., diez (10) de abril del dos mil veintitrés (2023).

Vistos

La Sala a resolver la Impugnación interpuesta por Hernando José Galindo Salas, contra la decisión de tutela de fecha 01 de febrero de 2023 por el 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, mediante la cual se denegó el amparo solicitado.

Antecedentes

Hechos:

Informa la accionante que, es padre cabeza de familia.

Expone que, desempeñaba el cargo de en el cargo de celador, código 477, grado 20, en la Institución Educativa Agropecuaria Nuestra Señora del Carmen en provisionalidad.

Alega que, participo en la convocatoria proceso de selección número 13335 de 2019 - territorial 2019 – II para el cargo de celador, código 477, grado 20, ocupando el puesto 95.

Alega que, la Gobernación del Atlántico lo desvinculo de su cargo, en ocasión a que, fue nombrado el señor Leonardo Polo Africano en propiedad quien ocupó el puesto 46, desconociéndose su calidad de padre cabeza de familia e inaplicando el Artículo 2.2.5.3.2 del decreto 498 de 2020 .

Por otra parte, indica que, los primeros 47 elegibles no aceptaron el nombramiento en el periodo de prueba por lo que actualmente ostenta la posición 13 y que conforme al movimiento de la lista debe ser nombrado en periodo de prueba.

Por lo anterior el accionante considera vulnerado sus derechos fundamentales.

Respuesta De Los Intervinientes Vinculados

CNSC:

La accionada rinde informe acerca de los hechos constitutivos de la presente acción de tutela manifestando que la presente acción de constitucional carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad de la accionante radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran reglamentadas en los Acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entre los que se encuentra el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, actos administrativos de carácter general, respecto de los cuales el accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Señala que en este caso el accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, ni tampoco la existencia de un perjuicio irremediable, pues este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren circunstancias que no se perciben en la presente acción de tutela.

Por otra parte indica el desarrollo del proceso de selección número 13335 de 2019 - territorial 2019 – II.

Finalmente solicita que sea declara improcedente la presente acción constitucional, en ocasión a que no se han vulnerado derechos fundamentales

al accionante.

Gobernación del Atlántico.

Rinde informe acerca de los hechos constitutivos en la presente acción de tutela en los siguientes términos:

Que la Secretaría de educación no ha hecho cosa distinta de cumplir el mandato legal que le obliga a nombrar a quienes dentro de un marco de competencia sana, académica y regulada por la ley ha ganado el derecho de ocupar un cargo de forma meritatoria en el sector público, tal como lo prevé nuestra constitución nacional, habiéndose procedido al nombramiento en periodo de prueba a quien por merito ganó el derecho a ello.

Al respecto, es menester traer a colación la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, el cual establece en el artículo 2.2.5.3.4 que antes de cumplirse el término de duración del encargo o de la prórroga del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada puede darlos por terminados; bajo esta disposición legal y la reiterada Jurisprudencia Constitucional se ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive.

Es importante precisar que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

En cuanto a la estabilidad laboral de quienes ocupan cargos en provisionalidad, las normas no consagran un derecho ilimitado, todo lo contrario, se trata de un DERECHO RELATIVO y únicamente establece que su retiro, como se manifestó anteriormente, debe producirse mediante acto administrativo motivado, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso; en el presente caso, ha sido esta última causal la que se ha configurado y que como se reitera obligaba a la Secretaria de Educación aacatar estrictamente la ley, procediendo a nombrar a quien meritoriamente alcanzó el honor de ocupar el cargo sometido a concurso.

Manifiesta que en el presente caso el accionante concurso y ocupó el puesto 95 en la lista de elegibles, puesto que no lo ubica entre los elegibles directos y no resulta legalmente admisible vulnerar los derechos de terceros ubicados en mejor posición para ser nombrados.

Señala que el accionante encamina la presente acción en procura de lograr su reintegro, no obstante resulta evidente que la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL ATLANTICO, ha actuado dentro del marco legal que le fijan las normas de carrera administrativas, normatividad apoyada en la jurisprudencia vigente que ha establecido parámetros para actuar por parte de las administraciones públicas en los eventos en que se hace IMPERATIVO nombrar a quienes por mérito, previo concurso, le es reconocida mediante una lista de elegibles el derecho a ser nombrados al cargo al cual concursaron.

Que en este caso el accionante reconoce que se nombró a quien ocupaba una posición en la lista de elegibles, no por ningún otros motivo y en este sentido igualmente se motiva el acto administrativo que desvincula al hoy tutelante, acto administrativo que aporta la accionante y en el cual se evidencia la configuración de la causal que motiva la actuación de la Secretaria, simplemente se acatan las directrices constitucionales y legales.

En cuanto a la calidad de padre cabeza de familia, se reitera que la Secretaria de Educación dentro del marco legal establecido para los concursos de mérito, no ha hecho cosa distinta de atender la obligación de nombrar a quienes por mérito ganaron el mismo y no movida por ningún interés particular de afectar derecho alguno, pues, se reitera TODA ESTABILIDAD REFORZADA CEDE ANTE EL MERITO.

Participó en el concurso que referencia (cargo Celador código 477 grado 209) y en cual fueron nombrados quienes por merito ocuparon los primeros puestos, tal como lo prevé la legislación vigente; en relación con este punto señala que algunos de los nombrados NO ACEPTARON EL CARGOS, razón, da a entender que en virtud de su posición en la lista igualmente se le debería considerar; al respecto, es preciso señalar que resulta cierto que algunos de los concursantes nombrados no aceptaron el cargo, pero, esto nos obliga a nombrar en estricto orden de mérito y al respecto en la actualidad la lista de elegibles para el cargo de celador ha tenido movilidad hasta el puesto 53 y existe en trámite solicitud elevada ante CNSC(se anexa) , para que se autorice el nombramiento de cinco elegibles más, desafortunadamente el Señor HERNANDO JOSÉ GALINDO SALAS, ocupó el puesto 95 con una calificación 5.81; razón por la cual resulta procedente aconsejar que en la medida que se registren otras movilidad en la lista de elegibles y llegue hasta el puesto que ocupa tendrá la posibilidad de un nombramiento en periodo de prueba. En orden de ideas, es claro que la Secretaria de Educación del Atlántico ha sido respetosa de las normas que regulan la materia.

Por lo anterior solicita que la presente accion de tutela sea declarada improcedente.

Sentencia Impugnada

En sentencia de primer nivel el a quo decidió denegar el amparo teniendo en cuenta que i) el accionante no reúne las calidades de padre cabeza de familia, ii) la desvinculación del cargo de debió al empleo de la lista de elegibles por lo tanto no se advierte vulneración alguna y iii) respecto a ser nombrado en periodo de prueba la acción de tutela no es el mecanismo idóneo en ocasión a que dispone de los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Impugnación

Inconforme con la decisión; el accionante impugna el fallo alega que persiste una vulneración al derecho fundamental en ocasión a que, i) el juez de primer nivel no tuvo en cuenta su calidad de padre cabeza de familia, ii) la Gobernación del Atlántico vulnero sus derechos fundamentales por no dar aplicación al Artículo 2.2.5.3.2 del decreto 498 de 2020 y haberlo reubicarlo, y iii) por el movimiento de la lista de elegibles debe ser nombrado en periodo de prueba.

Consideraciones de la Sala

Competencia:

De conformidad a las disposiciones normativas existentes respecto a la acción de tutela, tenemos que su ámbito de protección constitucional se desprende expresamente del artículo 86 de la Constitución Política; a su vez, esta se encuentra regulada a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 1834 de 2015 y 1983 de 2017, frente a lo cual, este Tribunal resulta competente para determinar la procedencia o no, en segunda instancia de la acción de tutela en cuestión, así como su respectiva solución.

La acción de tutela es un mecanismo de protección constitucional para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuya procedencia es de carácter residual frente a las acciones u omisiones de entidades públicas o privadas, que vulneren o amenacen las prerrogativas fundamentales en cabeza de las personas, en los casos así determinados en la ley.

Procedencia de la acción de tutela

Entrará la Sala a estudiar sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, trayendo a colación lo que la Honorable Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, ha establecido lo siguiente:

*“... El artículo 86 de la Constitución de 1991 establece que la acción de tutela procederá siempre que **“el afectado no disponga de otro medio de defensa**”*

judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En concordancia, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece las causales de improcedencia de la acción de tutela y, específicamente, en su numeral primero indica que la tutela no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

De lo anterior se colige que **la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alterno o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias**. En este sentido, esta Corporación ha dejado claro que “(...) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo”.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha dado alcance a los preceptos normativos citados, fijando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela frente a los mecanismos judiciales ordinarios, de forma que esta acción constitucional sólo procederá i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable**. Bajo los dos primeros supuestos, se ha entendido que la acción de tutela funge como mecanismo principal y, en el segundo, desplaza al mecanismo judicial ordinario, mientras que en el tercer caso la tutela es un mecanismo transitorio que no impide el ejercicio de acciones ordinarias.

En el caso en el cual existe un medio ordinario de defensa que se pretende desplazar para dar paso a la acción de tutela como mecanismo principal, es necesario establecer que el mecanismo ordinario no es idóneo para la protección de los derechos de los accionantes y, por tanto, se requiere de una evaluación en concreto, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso para así determinar la eficacia que tendría el mecanismo ordinario para defender los derechos fundamentales que se alegan vulnerados. Además, debe evaluarse el objeto perseguido por el mecanismo judicial que se pretende desplazar con la acción de tutela y el resultado previsible que éste puede proporcionar en lo que respecta a la protección eficaz y oportuna de los derechos de los accionantes, de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se ha hecho referencia...” (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Del pronunciamiento emitido por ese Alto Tribunal, se desprende la importancia del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela como mecanismo efectivo de protección constitucional, que opera cuando no existe otro mecanismo para lograr acceder a las peticiones de quien acude a tal, o los que existen no son los idóneos, o incluso, el actor haya agotado todos los procedimientos requeridos, y que a la results de éstos, exista una vulneración

evidente a sus garantías que pongan a la acción constitucional como mecanismo principal de defensa.

Ahora bien, ya establecida la regla general, surge la excepción de procedencia de la acción de tutela, que se da cuando se ejerce como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no obstante, la Corte ha establecido criterios para determinar en sede de tutela tal ocurrencia, estableciendo lo siguiente:

“... De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. Así se pronunció esta Corporación, sobre el punto:

En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión” (Sentencia T-290 de 2005).

En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, comoquiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente...”

Problema jurídico

A la Sala le corresponde establecer, si la CNSC y la Gobernacion del Atlantico ha vulnerado los derechos fundamentales del ciudadano

Caso Concreto.

En el caso sometido a consideración tenemos que el señor Hernando José Galindo Salas es padre cabeza de familia, ocupaba el cargo de en el cargo de celador, código 477, grado 20, en la Institución Educativa Agropecuaria Nuestra Señora del Carmen en provisionalidad, participo en el proceso de selección número 13335 de 2019 - territorial 2019 con la finalidad de ocupar en propiedad el cargo que desempeñaba, ocupando el puesto 95 de la lista de elegibles.

El accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales en ocasión a que fue desvinculado de su cargo para nombrar en propiedad al señor Leonardo Polo Africano en propiedad quien ocupó el puesto 46, sin embargo, la Gobernación del Atlántico desconoció su calidad de padre cabeza de familia, e inaplicando el Artículo 2.2.5.3.2 del decreto 498 de 2020, el cual dispone que por su condición debió haber sido reubicado en un cargo igual.

Por otra parte, también señala que también son afectadas sus garantías fundamentales debido a que por el movimiento de la lista de elegibles debe ser nombrado en periodo de prueba.

En sentencia de primer nivel el a quo decidió denegar el amparo atendiendo a que i) el accionante no acreditó su condición de padre cabeza de familia, ii) su desvinculación obedeció al uso de las listas de elegibles, y iii) en lo que concierne al nombramiento en periodo de prueba cuenta con otros medios de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Inconforme con la providencia el accionante la impugna para ello argumenta que i) el juez de primer nivel no tuvo en cuenta su calidad de padre cabeza de familia, ii) la Gobernación del Atlántico vulneró sus derechos fundamentales por no dar aplicación al Artículo 2.2.5.3.2 del decreto 498 de 2020 y haberlo reubicarlo, y iii) por el movimiento de la lista de elegibles debe ser nombrado en periodo de prueba.

En este orden de ideas para resolver el problema jurídico planteado, en primer lugar, es necesario esclarecer la definición de padre cabeza de

familia, para ello se traerá a Colación el concepto emitido por el máximo tribunal constitucional quien ha señalado lo siguiente:

Para la Corte, la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.¹

Conforme al precedente citado es claro que el señor Hernando José Galindo Salas no ostenta la calidad de padre cabeza de familia debido a que, si bien su pareja depende económicamente de él, no se encuentra acreditada su ausencia permanente o abandono de esta, como tampoco se demuestra que, pese a convivir con el su pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde en el hogar por padecer incapacidad física, sensorial, síquica o mental.

Aclarado lo anterior y en vista que el señor Hernando José Galindo Salas no ostenta la calidad del padre cabeza de familia, por sustracción de materia, no le puede ser aplicado el Artículo 2.2.5.3.2 del decreto 498 de 2020, pues al tenor literal son resguardados por esta norma las personas que se encuentre en alguna de las siguientes condiciones “1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.2. acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los termino señalado en las normas vigente y la jurisprudencia sobre la materia.3 ostentar la condición de Prepensionada en los termino señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.4 tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.”

Circunstancias que como se señalo con anterioridad el accionante no las ha demostrado, por lo tanto, no se advierte que su desvinculación al cargo de celador, código 477, grado 20, en la Institución Educativa Agropecuaria Nuestra Señora del Carmen en provisionalidad haya sido irregular o arbitraria, por el contrario obedeció al empleo de las listas de elegibles, y es necesario recalcar que la estabilidad laboral de la que gozan los

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-003/18, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

empleados en provisionalidad es relativa debido a que cede ante un mejor derecho como lo es el de quien ha ganado un concurso de mérito, al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público...

... Este Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.²

Superado lo anterior, y al no observarse vulneración a los derechos fundamentales del señor Hernando José Galindo Salas por la desvinculación del cargo de celador en la Institución Educativa Agropecuaria Nuestra Señora del Carmen, esta Colegiatura procederá a pronunciarse sobre la presunta omisión cometida por la CNSC y la Gobernación del Atlántico relacionada con el agotamiento de la lista de elegibles.

En este punto el accionante argumenta que 47 personas desistieron del nombramiento en periodo de prueba para el cargo de celador, código 477, grado 20, lo que conlleva a que por el movimiento de la lista de elegibles deba ser nombrado en periodo de prueba.

Sobre el particular es necesario recalcar que la afirmación realizada por el accionante carece de fundamento, pues en el plenario no existe prueba

² Corte Constitucional, Sentencia T-464/19, M.P Antonio José Lizarazo Ocampo.

siquiera sumaria que acredite lo manifestado, y contrario a lo declarado por la parte actora, la Gobernación del Atlántico pone de conocimiento que fueron “solo fueron algunas personas” las que no aceptaron el cargo y que producto de ello se solicitó a la CNSC la autorización para el nombramiento de 5 elegibles más, y teniendo en cuenta que el señor Hernando José Galindo Salas ocupa el puesto 95 de la lista de elegibles sumado a que la movilidad de la lista se encuentra en el puesto 54, es claro que al accionante no se le ha vulnerado fundamental alguno.

Como Corolario este Cuerpo Colegiado no encuentra reparos frente a la decisión tomada por el Juzgado 3 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla en sentencia de 01 de febrero de 2023, por lo que, se procederá a confirmarla en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en su condición de juez constitucional, “administrando justicia en nombre de la República y por autorización del pueblo”

Resuelve:

Primero: Confirmar en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla en sentencia de 01 de febrero de 2023.

Segundo: Notifíquese a las partes esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991.

Tercero: Ordenar que se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase,


JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ
Magistrado

Radicación:08001-31-87-003-2023-00010-01

Rad. Interna: 2023-00154-T

Accionante: Hernando José Galindo Salas

Accionado: CNSC y otros.



DEMOSTENES CARMARGO DE AVILA

Magistrado



JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Magistrado

OTTO MARTÍNEZ SIADO

Secretario